

I V R A

RIVISTA INTERNAZIONALE DI
DIRITTO ROMANO E ANTICO

ESTRATTO DAL VOL. 49 (1998)

[Pubbl. 2002]

EDITORE - JOVENE - NAPOLI

**Legati indebiti pagati da un terzo:
consapevolezza e ignoranza dell'erede**

1. In un frammento del Digesto, collocato dai compilatori sotto il titolo *De condictione indebiti*, Giavoleno riferiva una soluzione avanzata da Plauzio:

D. 12.6.46 (Iav. 4 ex Plaut.): *Qui heredis nomine legata non debita ex nummis ipsius heredis solvit, ipse quidem repetere non potest: sed si ignorante herede nummos eius tradidit, dominus, ait, eos recte vindicabit. eadem causa rerum corporalium est.*

La letteratura romanistica sembra essersi occupata solo marginalmente del passo in questione, discutendolo soprattutto con riferimento alla frase finale in cui si fa menzione della categoria delle *res corporales*¹. È noto

⁹ A proposito della riforma generale attuata da Costantino qualche anno dopo in materia di donazioni reali (Vat. frag. 249 a. 323), VOGLI, *Istituzioni di dir. romano* (1996⁵) 510 osserva come il regime della *lex Cincia* fosse ormai privo di ogni significato pratico.

¹ È stato questo l'aspetto del passo che più ha richiamato l'attenzione della critica: cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰ (Napoli, 1949) 163 nt. 1, che individua la testimonianza come uno dei casi in cui l'espressione *res corporalis* era usata in contrapposizione ad una somma o ad una quantità di cose fungibili come il danaro o il grano, a sostegno della tesi per cui la distinzione gaiana tra *res corporales* e *res incorpora-*

che la distinzione tra *res corporales* e *res incorporales* (Gai. 2.12-14), che assolve nella trattazione gaiana al compito sistematico di fare rientrare fra le *res* tutti i rapporti giuridici patrimoniali, costituisce una *divisio* raramente attestata dalle fonti al di fuori delle Istituzioni gaiane. In particolare, per quanto riguarda il danaro, è da ritenere che esso fosse percepito dai giuristi classici in modo decisamente singolare, al di sopra della molteplicità delle *res corporales*, proprio per la sua peculiare caratteristica di consumarsi, ma di mantenersi allo stesso tempo integro². Ma proprio il passo in questione è una di quelle fonti che attestano in modo attendibile che il danaro poteva talvolta essere inteso addirittura in contrapposizione alle *res corporales*.

Se, allo stato attuale della dottrina, non sembrano emergere elementi che inducano a dubitare dell'interpretazione della frase finale del passo, un nodo problematico resta comunque costituito dalla necessità di dare una spiegazione del trattamento differenziato riservato dal giurista alle due fattispecie. Nella prima un soggetto, la cui identità non è specificata, aveva pagato per conto dell'erede dei legati non dovuti (*heredis nomine legata non debita*) col danaro dello stesso erede (*ex nummis ipsius heredis*): Plauzio, citato

les non era comune a tutta la giurisprudenza classica; ZAMORANI, *Gaio e la distinzione res corporales res incorporales*, in *Labeo*. 20 (1974) 362 nt. 3, per cui il passo costituisce una conferma della convinzione che gli autori precedenti o contemporanei a Gaio parlassero di *res corporalis* contrapponendola non a *res incorporalis* nel senso di Gai. 2.14, ma al danaro; WACKE, *Die Zahlung mit fremdem Geld. Zum Begriff des pecuniam consumere*, in *BIDR*. 79 (1976) 85 nt. 147 e 104 nt. 231, che specifica come il danaro fosse avvertito nel modo di pensare dei Romani quale *res incorporalis*; PUGLIESE, *Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo*, in *Studi Arangio-Ruiz III* (Napoli, 1953) 246, che individua il testo come uno dei casi in cui l'espressione *res corporalis* indicava la cosa determinata in contrapposizione al danaro; KASER, *Gaius und die Klassiker*, in *ZSS*. 70 (1953) 144, che pone il passo tra quelli che attestano come la distinzione *res corporales* e *incorporales* appartenesse al linguaggio delle scuole, mentre nella prassi e nel linguaggio più comune *res corporalis* indicava qualcosa di diverso dal danaro; anche BRE-TONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura* (Bari, 1999) 131 s. analizza il frammento a proposito della contrapposizione fra *res corporales* e danaro. Considera superficialmente il passo a proposito della esperibilità della *vindicatio nummorum* FUCHS, *Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft* (Basel, 1952) 168, nonché a proposito della contrapposizione fra *pecunia* e *res corporales* 175 e IDEM, *Consumptio nummorum (Disceptatio nondum consumata)*, in *Mélanges Meylan I* (Lausanne, 1963) 130 nt. 29. Menziona il passo, invece, tra quelli che dimostrerebbero l'interesse di Giavoleno per le fattispecie di *iubere* HILTBRUNNER, *Prisce, iubere ...*, in *ZSS*. 96 (1979) 41 nt. 31 e nt. 33.

² Così BRE-TONE, *I fondamenti*, cit., 126 ss.

da Giavoleno³, negava in questo caso la legittimazione dell'autore del pagamento ad agire per la ripetizione dei legati. Nella seconda fattispecie, invece, lo stesso soggetto aveva pagato dei legati non dovuti, sempre con danaro dell'erede, ma stavolta senza che l'*heres* sapesse del pagamento (*ignorante herede*): in tal caso però la soluzione era nel senso di accordare al *dominus* una *rei vindicatio*.

Prendendo le mosse dall'analisi delle varie interpretazioni finora avanzate dalla critica romanistica, sembra qui opportuno procedere ad un rinnovato esame del passo, che, pur apparentemente chiaro e lineare, nasconde talune difficoltà esegetiche.

2. Nel 1951 Donatuti ha parlato di antitesi tra le due soluzioni del frammento 46, giustificandola con la diversa condizione psicologica dell'erede al momento del pagamento⁴. Proprio dal fatto che il *solvens* del secondo caso pagasse i legati all'insaputa dell'erede, si desumerebbe che, nel primo caso, l'erede fosse a conoscenza della *solutio*. Supponendo quindi la *scientia* in capo all'erede, Donatuti dava per scontato che, nella prima fattispecie, l'erede stesso avesse autorizzato il terzo a pagare i legati. Ne consegue che l'esclusione della *condictio* decisa da Plauzio e Giavoleno non avrebbe rappresentato un'esclusione assoluta, ma solo la negazione della legittimazione ad agire del *solvens*: la *condictio* sarebbe comunque spettata all'erede, in quanto questi era colui che aveva autorizzato il pagamento. Va aggiunto infine che lo stesso autore individuava anche un intervento compilatorio non solo nella forma verbale *ait*⁵, ma anche nel termine *legata*, sostenendo che il passo non avrebbe parlato di legati, ma di fedecommessi⁶.

Che Giavoleno parlasse non di legati, ma di fedecommessi, è idea che però non ha trovato molto seguito in dottrina⁷. Secondo Apathy, ad esempio, si tratta di un'asserzione, che non è in alcun modo ricavabile dal passo⁸. In effetti, anche a mio parere, non si vede alcun indizio che possa dare con-

³ Sul problema della riferibilità della decisione a Plauzio oppure a Giavoleno si veda *infra*, § 4.

⁴ DONATUTI, *Le causae delle condictiones*, in *Studi Parmensi* I (Milano, 1951) 108.

⁵ Sul punto cfr. *infra*, § 4.

⁶ DONATUTI, *Le causae*, cit., *ibidem*.

⁷ Solo SANTORO, *Studi sulla condictio*, in *AUPA*. 32 (Palermo, 1971) 59 nt. 100 rinvia a Donatuti per l'interpretazione e la critica del testo, peraltro limitandosi a citare il frammento.

⁸ APATHY, *Procurator und solutio*, in *ZSS*. 96 (1979) 71.

ferma di tale manipolazione giustiniana; del resto è noto che "nell'attuale temperie metodologica, non basta, per dare sostanza ad una tale ipotesi, che il testo recepito nella compilazione venga a disturbare la ricostruzione che, più o meno arbitrariamente, preferisce qualche interprete moderno"⁹. Lo stesso Apathy individua inoltre una tensione all'interno dell'interpretazione che Donatuti dà del frammento, sostenendo che sarebbe un'illazione del tutto ingiustificata credere ad un *iussum* o ad un'autorizzazione a pagare dell'erede al *solvens* nell'ambito della prima ipotesi. Del resto l'esordio della seconda frase con *sed si* non starebbe a significare che nella prima fattispecie fosse da sottintendere un *iussum*, ma solo che fosse da negare la ripetizione al vero autore del pagamento. Pur non essendo qui specificata la funzione del *solvens*, secondo Apathy si tratterebbe di un pagamento *nomine alieno*, per cui a ripetere non doveva essere il vero autore del pagamento, ma il *dominus* del negozio. La giustificazione della diversa soluzione data ai due casi sarebbe quindi da individuare nel fatto che il *dominus* del secondo caso rimaneva proprietario e di conseguenza era ovviamente legittimato alla *rei vindicatio*.

La critica di Apathy pone dunque opportunamente in evidenza non solo che il *dominus* rimaneva nel secondo caso proprietario del danaro per cui poteva esperire la rivendica¹⁰, ma anche che mancano elementi per immaginare che il pagamento descritto nella prima fattispecie del passo fosse stato autorizzato dall'erede. Tuttavia Apathy concorda con Donatuti sull'idea che Giavoleno negasse al primo *solvens* la possibilità di agire per la ripetizione, sottintendendo così che la *condictio* era invece da accordare all'erede.

Più di recente anche Bretone, considerando il passo a proposito della distinzione tra *res corporales* e *res incorporales*, lascia trasparire di nutrire un'analoga convinzione: chi eseguiva un pagamento per conto dell'erede e con il danaro ereditario non poteva ripetere egli stesso il danaro dato; solo l'erede poteva esperire l'azione di rivendica sul presupposto di ignorare la *datio* ed è lecito ammettere che, se il danaro era stato consumato da chi l'aveva ricevuto o si era reso indistinguibile con la confusione o la commistione, allora all'erede spettava la *condictio*¹¹. In realtà Bretone non sembra

⁹ Così TALAMANCA, *Lex ed interpretatio in Lab. 4 post. a. Iav. epit. D. 19,1,50*, in *Nozione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo* (Napoli, 1997) 358.

¹⁰ APATHY, *Procurator*, cit., 73 e 75.

¹¹ BRETONE, *I fondamenti*, cit., 131 s.

prendere esplicitamente posizione nel senso di accordare, nella prima fattispecie, la *condictio* all'erede, però con la frase "non può compiere egli stesso la ripetizione di quanto ha dato", riferita all'autore del pagamento, lascia intendere che forse qualcun altro avrebbe potuto ripetere i legati.

Soltanto Wacke sembra distaccarsi da questa linea interpretativa, sebbene analizzi D. 12.6.46 solo marginalmente in nota¹². Affermando che "Bei Kenntnis bzw. Einwilligung des Erben wäre dagegen das Eigentum sofort übergegangen und die *condictio* entfiel wegen der Litiskreuzung"¹³, tale autore pone in evidenza che nella prima fattispecie del passo l'esperibilità della *condictio* era del tutto esclusa: tale azione non era accordata al *solvens*, né spettava all'erede per cui conto il pagamento di legati era stato effettuato.

In definitiva, però, tranne il riferimento di Wacke alla litiscrescenza, tutte le interpretazioni fin qui esposte sembrano trascurare un dato, a mio parere, saliente della testimonianza di Giavoleno. Infatti, a meno di volere credere all'immotivato sospetto della sostituzione compilatoria del termine *fideicommissa* con *legata*, è evidente che il passo non possa essere inteso prescindendo dal principio di irripetibilità del legato *per damnationem* di cosa certa. In particolare, dato che l'antica *regula iuris*, ricordata da Gaio nelle sue Istituzioni (2.283: *Item quisque et fideicommissa plus debito per errorem solverit, repetere potest; at id, quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest. idem scilicet iuris est de eo legato, quod non debitum vel ex hac vel ex illa causa per errorem solutum fuerit*), mantenne il suo vigore per l'intera età classica¹⁴, è lecito domandarsi come fosse possibile che, secondo Plauzio, l'erede potesse ripetere dei legati.

Pur senza particolari necessità di approfondimento, Voci si è occupato del frammento solo indirettamente, isolandolo come ipotesi in cui era ammessa la *rei vindicatio* dei legati¹⁵. Proprio poiché Plauzio e Giavoleno ammettevano la rivendicabilità dei legati, questi ultimi secondo Voci non potevano essere *per damnationem*. In realtà però la giustificazione di questa singolare presa di posizione appare abbastanza sbrigativa: "Essenziale è notare

¹² WACKE, *Die Zahlung*, cit., 85 nt. 147.

¹³ WACKE, *Die Zahlung*, cit., *ibidem*.

¹⁴ Sulla *ratio* del principio di irripetibilità dei legati, nonché sulle conseguenze per l'erede si rimanda a FARGNOLI, *Rescriptum actionem dandam: sulla ripetibilità del legato per damnationem*, in *Labeo* 47 (2001) [da cui in seguito si cita] 252 ss. = *Studi in memoria di Giovanni Cattaneo* (Milano, 2001) [estr.] 1 ss.

¹⁵ VOCI, *In tema di errore*, in *SDHI*. 8 (1942) 97 nt. 28.

che, se la *rei vindicatio* per pagamento compiuto da un non legittimato era ammissibile, Adriano¹⁶ non aveva bisogno di ricorrere ad azioni utili. E se vi ricorre (e doveva conoscere la decisione, anteriore, di Giavoleno, il quale si richiama a Plauzio, e non espone una tesi personale), ciò significa che Giavoleno e Plauzio trattavano un'ipotesi diversa: non si riferivano ad un legato *per damnationem*¹⁷. Il riferimento sembra essere a quella serie di provvedimenti che furono concessi in via utile da alcuni rescritti di Adriano e Antonino Pio per consentire la ripetibilità delle cose legate¹⁸. Peraltro non sem-

¹⁶ Si tratta dell'imperatore Adriano, di cui ai passi citati *infra*, nt. 18.

¹⁷ VOCI, *In tema di errore*, cit., *ibidem*.

¹⁸ Sulla "Katene der Fragmente" - (l'espressione è di SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht* (Münster-Köln, 1952) - o "Konstellation" di testimonianze, come precisa MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage* (Köln-Weimar-Wien, 1998) 310, in cui si ha "eine Durchbrechung der überkommenen Regel vom Rückforderungsausschluß", e cioè su D. 12.6.2.1 (Ulp. 16 *ad Sab.*): *Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum vel inofficiosum vel irritum vel ruptum apparuerit, repetetur, vel si post multum temporis emerit aes alienum, vel codicilli diu celati prolati, qui ademptionem continent legatorum solutorum vel deminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relicta sunt. nam divus Hadrianus circa inofficiosum et falsum testamentum rescriptit actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est*, D. 12.6.3 (Pap. 28 *quaest.*): *Idem est et si solutis legatis nova et inopinata causa hereditatem abstulit, veluti nato postumo, quem heres in utero fuisse ignorabat, vel etiam ab hostibus reverso filio, quem pater obisse falso praesumpserat: nam utiles actiones postumo vel filio, qui hereditatem evicerat, dari oportere in eos, qui legatum perceperunt, imperator Titus Antoninus rescriptit, scilicet quod bonae fidei possessor in quantum locupletior factus est tenetur periculum huiusmodi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, pertinebit*, D. 12.6.4 (Paul. 3 *ad Sab.*): *Idem divus Hadrianus rescriptit et si aliud testamentum proferatur*, D. 12.6.5 (Ulp. 16 *ad Sab.*): *Nec novum, ut quod alius solverit alius repetat. nam et cum minor viginti quinque annis inconsulte adita hereditate solutis legatis in integrum restituitur, non ipsi repetitionem competere, sed ei, ad quem bona pertinent, Arrio Titiano rescriptum est*, cui sono da aggiungere D. 5.2.8.16 (Ulp. 14 *ad ed.*): *Si ex causa de inofficiosi cognoverit iudex et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est: et suus heres erit secundum quem iudicatum est et bonorum possessor, si hoc se contendit: et libertates ipso iure non valent: nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui optinuit: et haec utili actione repetuntur. fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui optinuit repetit: et ita divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt* e D. 29.1.36.2 (Pap. 6 *resp.*): *Miles in supremis ordinandis ignarus uxorem esse praegnatam ventris non habuit mentionem. post mortem patris filia nata ruptum esse testamentum apparuit neque legata deberi. si qua vero medio tempore scriptus heres legata solvisset, utilis actionibus filiae datis ob improvisum casum esse revocanda nec institutum, cum bonae*

bra che il sillogismo di Voci sortisca decisivi effetti dimostrativi, soprattutto perché sembra mancare un nesso causale tra l'esperibilità della *rei vindicatio* per un pagamento effettuato da un non legittimato e l'inopportunità di concedere un'azione utile in quegli stessi casi. Infatti, nelle fattispecie molto peculiari cui Voci si riferisce, caratterizzate dalla presenza, anziché di un solo erede, di due, uno putativo ed uno effettivo, se anche spettasse la rivendica all'erede che, in seguito al pagamento dell'erede putativo non legittimato, aveva mantenuto la proprietà dei legati, la concessione dell'*actio utilis* contro il legatario, prevista in questi testi, comportava pur sempre una tutela più agile ed efficace per l'effettivo titolare dell'eredità, semplicemente sulla base del fatto che egli avesse subito le conseguenze patrimoniali del pagamento¹⁹. Ne deriva che la possibilità per l'erede di rivendicare non sembra comunque escludere a priori l'opportunità di accordare allo stesso un'azione utile volta alla ripetizione del legato.

Del resto, l'ipotesi che il riferimento di D. 12.6.46 fosse al legato *per damnationem*²⁰ può essere convalidata da altre due considerazioni. Innanzitutto, se Giavoleno si fosse riferito a legati ad effetti reali, non avrebbe potuto parlare di *nummi* dell'erede, né di rivendica dell'erede, in quanto è ben noto che la cosa legata non perveniva mai in proprietà dell'erede, ma passava *recta via* in proprietà del legatario. In secondo luogo, si ritrova nel testo l'uso del verbo *solvere* (*Qui heredis nomine ... solvit*), che esclude il caso di legati di *dare*, per cui non può verosimilmente trattarsi neanche di legati *si nendi modo*. Pertanto non rimane che ritenere che i *legata*, cui Giavoleno si riferiva nel passo, fossero *per damnationem*. Risulta pertanto evidente che, per tentare una nuova spiegazione del passo di Giavoleno, è necessario rapportarsi al principio di irripetibilità dei legati *per damnationem*.

Approfondendo l'esegesi del passo, si possono individuare alcuni aspetti che sembrano accomunare le due ipotesi: i protagonisti erano ovviamente i medesimi, il datore della *pecunia* e l'erede; in entrambe le ipotesi il pagamento era stato fatto con danaro dell'erede, come emerge rispettivamente dalle espressioni *ex nummis ipsius heredis* e *nummos eius tradidit*.

fidei possessor fuerit, quod inde servari non potuisset, praestare, si rinvia a FARGNOLI, *Rescripts*, cit., 258 ss.

¹⁹ FARGNOLI, *Rescripts*, cit., 277 ss.

²⁰ Già BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*. 2.2. *Primi post principatum constitutum saeculi iuris consulti* (Lipsiae, 1901, rist. 1985) 224 s. riferisce direttamente, senza dubbi di sorta, il passo al legato *per damnationem*.

Per quanto riguarda invece le differenze, si può osservare che nella prima fattispecie l'erede era a conoscenza del pagamento, mentre nella seconda ne era completamente ignaro. Giavoleno specificava, inoltre, che il pagamento nel primo caso era stato fatto *nomine heredis*, mentre nulla precisava in relazione al pagamento effettuato nel secondo caso.

Peraltro nulla autorizza a dedurre che il terzo avesse agito *nomine suo*. In mancanza di specificazioni del giurista è quindi da credersi, come già messo in evidenza da Apathy, che nella prima fattispecie così come nella seconda si trattasse di pagamenti *alieno nomine* e quindi fatti per conto dell'erede. È ben noto, infatti, che nel caso di un debito la *solutio* potesse essere validamente compiuta, con efficacia liberatoria per il debitore, pure da un terzo qualsiasi e persino *ignorante vel invito debitore*²¹. Pertanto poteva anche accadere che chi operasse per conto altrui *ignorante domino* si trovasse a pagare un indebito.

3. Si arriva così al nocciolo della questione. Sembra a questo punto possibile ipotizzare che Plauzio, citato da Giavoleno, con la decisione di D. 12.6.46 avesse avuto come obiettivo quello di verificare se il principio di irripetibilità dei legati fosse applicabile anche nel caso di pagamento *alieno nomine*. Il giurista si sarebbe cioè domandato se la *regula*, le cui origini, intimamente connesse alla litiscrescenza, erano da ricercare nell'antico *ius civile*, si dovesse seguire anche nel caso in cui la *solutio* fosse stata effettuata *alieno nomine*. E la risposta positiva del giureconsulto sembrerebbe confermare la particolare resistenza di questo principio.

Tuttavia se, da un lato, la soluzione del giurista era comunque quella di escludere la ripetizione, dall'altro, veniva concesso all'erede, ove *ignorans*, di rivendicare i legati adempiti. Infatti in quest'ultimo caso, dato che il *solvens* pagava *ignorante herede* con *nummi* dell'erede, il trasferimento della proprietà del danaro dall'erede al legatario non aveva luogo, in quanto mancava al *solvens* la legittimazione ad alienare. Era per questa ragione che l'erede poteva agire nei confronti del legatario con una *rei vindicatio*. Se ne desume pertanto che, nel secondo caso, non intervenissero né la *consumptio nummorum*, né la *commixtio* a sanare la mancanza di legittimazione e che, quindi, i *nummi* rimanessero individuati²².

²¹ Cfr., per tutti, SARGENTI, *Pagamento (Diritto romano)*, in *ED*. 31 (1981) 536.

²² Sull'uso del termine *nummi* nei testi classici con riferimento a qualcosa di specificamente individuato, cfr. FUCHS, *Consumptio nummorum*, cit., 130 che inserisce

Resta a questo punto da stabilire chi fosse il terzo che pagava i legati, ovvero il datore dei *nummi*. Si tratta innanzitutto di vedere se fosse davvero intervenuto un incarico dell'erede a pagare, come sostiene Donatuti²³, smentito però da Apathy²⁴. È evidente che di solito, quando si trattava di un pagamento non dovuto, sorgeva la questione di chi potesse esperire la *condictio indebiti*. Invero la presenza dell'incarico nonché l'intervento della successiva ratifica determinavano un cambiamento del soggetto legittimato a ripetere: ad agire non sarebbe stato più l'autore effettivo del pagamento, ma il *dominus negotii*²⁵. È proprio questo dato che sembra costituire un indizio contro l'ipotesi dell'autorizzazione dell'erede nella prima fattispecie. Il fatto che qui Plauzio si chiedesse se il *solvens* poteva ripetere, per poi rispondere negativamente, è verosimilmente da interpretare nel senso che mancasse un incarico espresso, altrimenti, pur con una soluzione identica, l'interrogativo avrebbe riguardato l'erede e cioè colui che impartiva l'incarico. Ne consegue che l'ipotesi dell'intervento del *iussum* dell'erede nel primo caso non sembra dotata di fondamento.

Su quale fosse la posizione di colui che aveva agito per conto dell'erede, in letteratura sono state fatte le ipotesi più diverse. La Glossa riporta un riferimento alla figura del *procurator*²⁶. Senza dedicare alla questione particolare rilievo, Voci afferma che il terzo non necessariamente dovesse essere l'erede apparente, ma che si potesse trattare di un *negotiorum gestor*²⁷; Wacke parla di un possessore dei beni ereditari o di un *emptor hereditatis*²⁸.

Ora, proprio alla luce del riferimento all'ignoranza dell'erede l'ipotesi

D. 12.6.46 tra i "Fällen, wo an den *nummi* wie an irgendeiner Sache schlicht die Frage des Eigentumsüberganges erörtert wird". Più in generale sui casi in cui si parla di *rei vindictio* dei *nummi*, nonché sui modi per provare la mancata *consumptio* o *commixtio*, KASER, *Das Geld im römischen Sachenrecht*, in *TR.* 29 (1961) 173 ss.; si veda anche BURDESE, *In tema di "consumptio nummorum"*, in *Rivista del diritto commerciale* 51 (1953) 269 ss.

²³ DONATUTI, *Le causae*, cit., 108.

²⁴ APATHY, *Procurator*, cit., 71.

²⁵ Sul punto, con riferimento al pagamento del *procurator*, si veda FARGNOLI, "Alius solvit, alius repetit". *Studi in tema di indebitum condicere* (Milano, 2001) 77 ss., nonché, per una sintesi dei risultati raggiunti, 140 ss.

²⁶ Gl. 'Qui heredis' ad D. 12.6.46.

²⁷ VOCI, *In tema di errore*, cit., 96 nt. 28.

²⁸ Entrambe le ipotesi sono ritenute possibili da WACKE, *Die Zahlung*, cit., 85 nt. 147.

di un gestore d'affari potrebbe essere la più verosimile²⁹, ma il silenzio del passo al riguardo non consente di optare per questa soluzione senza che ciò obblighi ad assumere arbitrariamente elementi che non risultano dal testo giustiniano. Piuttosto dal passo si potrebbe ricavare l'impressione che Plauzio e Giavoleno abbiano elaborato un principio di vasta applicazione, evitando di proposito la specificazione della qualifica del datore dei *nummi*, con il risultato di rendere la soluzione indicata applicabile ad ogni situazione in cui un terzo pagasse per conto dell'erede legati non dovuti. In sostanza, si potrebbe ritenere il passo un esempio del tipico modo di procedere della giurisprudenza classica che, partendo da un singolo caso verificatosi in concreto, arrivava alla schematizzazione di un caso-tipo utilizzabile per risolvere casi successivi, ove i fatti verificatisi in concreto fossero ad esso rapportabili³⁰.

A corroborare l'idea che il frammento 46 costituisca la fissazione di un principio, che superava il particolarismo della prassi, si pone il fatto che l'espressione *legata non debita* può fare riferimento ad ogni caso di legati indebiti, in quanto consente di pensare sia a legati totalmente indebiti per esempio per invalidità delle *tabulae* testamentarie, sia a legati solo parzialmente non dovuti, come risultavano essere in seguito agli effetti della *lex Falcidia*.

4. Il frammento 46 pone infine un'altra questione, che non si è ritenuto opportuno affrontare prima di avere preso posizione sul complessivo significato del passo: si tratta della riferibilità della decisione a Plauzio o a Giavoleno. Il dato particolarmente significativo di questo testo a tale riguardo è la presenza dell'espressione *ait*. Come si è accennato, Donatuti sospetta, con una tesi che però è rimasta pressoché isolata³¹, della classicità dell'espressione stessa.

Invero nel testo corrispondente dei Basilici (B. 24.6.46) il termine

²⁹ Su uno dei connotati tipici della *negotiorum gestio* di età classica, ovvero l'impossibilità per il *dominus negotii* di conoscere le iniziative gestorie, cfr. per esempio CENDERELLI, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano. I. Struttura, origini, azioni* (Torino, 1997) 56 ss.

³⁰ Sul punto si veda, per tutti, VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni* (Torino, 1989) 119.

³¹ Cfr. *supra*, § 2. Solo SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 59 nt. 100, anche a proposito di *ait*, così come di *legata*, rimanda alla critica del testo di Donatuti.

manca. A differenza delle Pandette, dove il soggetto è *qui ... legata non debita ... solvit*, nel testo greco sia la prima sia la seconda fattispecie risultano espresse in prima persona singolare. Inoltre il passo nei Basilici risulta leggermente riassunto, senza peraltro alcuna variazione di significato, mancando, oltre al corrispondente di *ait*, anche quello di altri termini come *non debita, dominus e recte*.

Oltre che nei Basilici l'*ait* manca anche in altri manoscritti e cioè, come precisa Mommsen, nella *Vulgata* e in una diversa lezione della *Littera Florentina* (F2). Ma allora l'ipotesi di Donatuti diventa ancora meno plausibile di quanto già non fosse, in quanto non si capisce per quale ragione i compilatori avrebbero dovuto inserire un verbo privo di soggetto. Se mai sarebbe da immaginare l'esatto contrario, ovvero che nel testo di Giavoleno l'*ait* fosse presente, ma in alcuni manoscritti sia stato lasciato cadere, man mano che, col trascorrere del tempo, calava l'interesse a distinguere tra le opinioni dei due giureconsulti.

La presenza dell'*ait* ha indotto Bremer ad attribuire la decisione a Plauzio³² sulla base di un argomento decisivo e cioè del fatto che anche nei frammenti dei *libri ex posterioribus Labeonis* si trova spesso l'espressione *Labeo ait* o *ait Labeo*³³. È peraltro interessante quanto rilevato dallo stesso Bremer³⁴, e già prima di lui da Lenel³⁵, e cioè che mai i frammenti *ex Plautio* riportati nel Digesto contengono la menzione di Plauzio. Né nelle citazioni di Giavoleno (*libri V ex Plautio*), né in quelle di Nerazio (*libri ex Plautio*), né in quelle di Pomponio (*libri VII ex Plautio*) si trova traccia del nome del giurista. Nonostante manchi l'indicazione del nome, l'unica eccezione sarebbe costituita proprio da D. 12.6.46, dove l'*ait* sarebbe riferito a Plauzio. Solo Paolo nei *libri XVIII ad Plautium* menziona talvolta esplicitamente il giurista, mentre altrove o ne omette il nome o la caduta è da ascrivere probabilmente ai compilatori. Allora molto prudentemente Lenel colloca, nella sua ricostruzione palinogenetica, solo quelle citazioni, in cui Plauzio è espli-

³² BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae* 2.2, cit., 225. Che nel passo Giavoleno non esponesse alcuna tesi personale risulta essere opinione anche di VOGLI, *In tema di errore*, cit., 97 nt. 28.

³³ Per *Labeo ait* cfr. D. 29.2.60 (Iav. 1 *ex post. Lab.*), D. 29.2.62 (Iav. 1 *ex post. Lab.*), D. 35.1.39.1 (Iav. 1 *ex post. Lab.*) e per *ait Labeo* D. 33.2.30.1 (Iav. 2 *ex post. Lab.*), D. 41.2.51 (Iav. 5 *ex post. Lab.*).

³⁴ BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae* 2.2, cit., *ibidem*.

³⁵ LENEL, *Palinogenesia iuris civilis* II (Lipsiae, 1889, rist. Roma, 2000) 13 nt. 1.

citamente nominato. Per questo il frammento 46 non si trova tra quelli riferiti a Plauzio ed è collocato solo nel quarto dei *libri ex Plautio* di Giavoleno³⁶, di cui sembra peraltro essere ignoto l'argomento³⁷.

Una più solida presa di posizione sulla riferibilità del passo all'uno o all'altro giurista richiederebbe forse uno studio specifico sull'intera opera di Plauzio o quantomeno sui libri di Giavoleno *ex Plautio*: allo stato delle attuali conoscenze, per quanto mi consta, si ha solo modo di rilevare la mancanza di elementi positivi per affermare che Giavoleno esprimesse una sua opinione personale sull'insegnamento di Plauzio.

5. In conclusione, il passo di Giavoleno non sembra potersi intendere se non alla luce dell'antico principio di irripetibilità del legato *per damnationem*. Plauzio si trovò a risolvere il caso di un pagamento di legati nell'interesse dell'erede e, dinanzi all'interrogativo su quali fossero le conseguenze del principio di irripetibilità dei legati applicato al pagamento *nomine heredis*, la sua soluzione non si discostò da quella generalmente condivisa dalla giurisprudenza classica per gli altri casi di pagamento di legati indebiti: la ripetibilità, anche in questo caso, era da escludere. Se in letteratura la testimonianza è stata finora quasi sempre interpretata nel senso che la *condictio* non spettasse all'autore del pagamento, in quanto competeva all'erede per cui conto il pagamento era stato effettuato, le considerazioni qui fatte dimostrano invece che Plauzio, con la frase *ipse quidem repetere non potest*, intendeva negare in modo assoluto la possibilità di *condicere*.

Inoltre dall'esegesi qui condotta emerge che la seconda ipotesi del passo, introdotta dal *sed si*, non sembra affatto porsi in antitesi con la prima, come è pure stato sostenuto, ma costituisce, a mio parere, un caso particolare rispetto a quello più generale descritto in precedenza: se l'erede non era a conoscenza dell'avvenuto pagamento, allora la soluzione era a lui più favorevole, in quanto, mantenendo la proprietà dei *nummi*, risultava legittimato ad agire con la *rei vindicatio*.

Il frammento, così interpretato, se da un lato non può che confermare

³⁶ LENEL, *Palinogenesia* I, cit., 299, § 157.

³⁷ Peraltro FERRINI, *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani*, in *Rendiconto Istituto Lombardo* s. II vol. 18 (1885) 865 ss. [si cita da *Opere di Contardo Ferrini* II. *Studi sulle fonti del diritto romano*, Albertario cur. (Milano, 1929) 24], pur limitandosi solo a menzionare D. 12.6.46, ritiene questo passo un argomento a favore del fatto che Giavoleno nel quarto dei *libri ex Plautio* continuasse il discorso sui legati.

L'inderogabilità del principio di irripetibilità dei legati anche per la *solutio alieno nomine*, dall'altro sembra prevedere comunque una via d'uscita per l'erede, che altrimenti non avrebbe potuto riacquisire i legati neanche nell'ipotesi in cui ignorasse del tutto il pagamento effettuato per suo conto. Si può forse credere che questa decisione costituisca una sorta di precedente delle soluzioni che di lì a poco furono introdotte dai rescritti degli imperatori Adriano e Antonino Pio, che ammettevano in fattispecie particolari il superamento di tale principio, definitivamente abrogato solo con Giustiniano, con la concessione di un'azione utile volta alla ripetizione dei legati. Il fatto che Plauzio, pur decidendo conservativamente per l'intangibilità dell'antica *regula del ius civile* anche nell'ipotesi di *solutio nomine heredis*, intese evidenziare la possibilità di esperire la rivendica, si potrebbe allora interpretare nel senso che già in età preadrianea fosse in taluni casi avvertita l'opportunità di operare un diverso contemperamento degli interessi dell'erede e del legatario.

Milano

I. FARNOLI